

## Danos Y Perjuicios Desalojo Perdida De Chance Por Alquileres No Percibidos Improcedencia Del Lucro Cesante

### JURISPRUDENCIA

Daños y perjuicios. Desalojo. Pérdida de chance por alquileres no percibidos. Improcedencia del lucro cesante

Se confirma el fallo que encuadró como pérdida de chance el reclamo deducido por las ganancias que habrían dejado de percibir los actores ante la falta de restitución del inmueble, y no bajo el concepto de lucro cesante, en el entendimiento de que lo que corresponde otorgar como indemnización no es el monto total del valor locativo pretendido, ya que lo perdido es únicamente la posibilidad de obtenerlo.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los once días del mes de abril de 2018, hallándose reunidos los Señores Vocales de la Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, a fin de entender en los recursos de apelación interpuestos por las partes en los autos caratulados: ?AULESA Carmen Adela y otros contra SENATORE Patricia Claudia y otro sobre Daños y Perjuicios?, habiendo acordado seguir en la deliberación y voto el orden del sorteo de estudio, el Dr. Osvaldo Onofre Álvarez dijo:

I.- Vienen los autos a este Tribunal con motivo de los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia de primera instancia obrante a fs. 780/ 784, habiendo expresado agravios la parte actora a fs. 792/ 797 y la demandada a fs. 799/ 802, los que fueron contestados a fs. 805/ 806 y 808/ 811.

II.- La sentencia. En la instancia de grado se hizo lugar a la demanda, condenándose a Patricia Claudia Senatore y Miguel Ángel García a abonar a Carmen Adela Aulesa, Omar Flavio Saracca y Adrián Marcelo Saracca la suma de \$ 60.000, dentro de los diez días de quedar firme el pronunciamiento, con más intereses y costas del juicio.

III.- Los hechos. Manifiestan los accionantes que los demandados fueron condenados con fecha 20 de diciembre de 2011, por sentencia de esta Sala, a desalojar el inmueble de su propiedad sito en Av. Directorio ... piso ..., U.F. ..., de esta ciudad (expte. ?Aulesa Carmen Adela y otros c/ García Miguel Ángel y otro s/ desalojo?); que dicho juicio lo iniciaron el 29 de diciembre de 2005 y el inmueble fue restituido finalmente el 20 de noviembre de 2012. Reclaman indemnización por los daños y perjuicios padecidos, bajo el concepto ?lucro cesante? el valor locativo del que -sostienen- se vieron privados atento la ocupación indebida del bien y, como ?daño emergente?, el valor de las reparaciones que aseguran haber efectuado por los daños que presentaba el inmueble al momento de su entrega.

Los emplazados Patricia Senatore y Miguel Ángel García contestaron demanda señalando que los actores adquirieron el inmueble a título gratuito en carácter de herederos de Enrique Omar Saracca, quien era deudor de Patricia Claudia Senatore y Néstor Horacio Sánchez, conforme constancias de los autos ?Saracca Néstor Horacio y otro c/ Saracca Enrique Omar s/ consignación?, radicando la causa de la obligación en las cuotas abonadas por los allí accionantes para la adquisición del inmueble en cuestión. Expresan que los actores podrían haberse presentado en el citado juicio como herederos del Sr. Saracca y reclamar la restitución del inmueble; lo que no hicieron -sostienen- esperando que prescriban las acciones emergentes de la sentencia. Concluyen que no existió ilicitud en la retención del inmueble y que la pretendida indemnización por lucro cesante, equivalente al valor locativo de 83 meses, implica un abuso de derecho. Solicitan el rechazo de la demanda, con costas.

Para resolver como lo hiciera, el primer juzgador entendió que, conforme la sentencia dictada en los autos ?Aulesa Carmen Adela y otros c/ García Ángel y otros / desalojo? (Nº 116.293/ 2005) -fs. 375/ 379, confirmatoria de la de fs. 320/ 326- se condenó a los demandados a desalojar el inmueble de referencia dentro del plazo de diez días, consignándose expresamente que la ocupante tenía la obligación de restituirlo al vendedor desde que la sentencia dictada en el juicio de consignación quedó firme.

Advirtió que las defensas tendientes a tildar de legítima su ocupación, ya fueron tratadas en el proceso de desalojo y que no cabe abrir un nuevo debate sobre cuestiones evaluadas y decididas en resoluciones firmes pasadas en autoridad de cosa juzgada. Así, siguiendo la tónica de los pronunciamientos que han considerado configurado el deber de restituir el inmueble, estimó que la pérdida provocada a los actores por no poder obtener una renta a través del alquiler de la unidad, constituía una consecuencia previsible para quienes lo retenían indebidamente, la cual debe ser resarcida.

Encuadró como pérdida de chance el reclamo deducido por las ganancias que habrían dejado de percibir los actores y no bajo el concepto de lucro cesante, en el entendimiento de que lo que corresponde otorgar como indemnización no es el monto total del valor locativo pretendido, toda vez que lo perdido es -únicamente- la posibilidad de obtenerlo.

En función de ello y con el alcance temporal que va desde la fecha de la notificación de la demandada de desalojo (14 de diciembre de 2006) hasta el momento en que la reclamante recuperó la tenencia del inmueble (23 de noviembre de 2012), tomando como referencia los valores fijados por el perito tasador (fs. 667/ 677 y 699/ 707) consideró el a-quo que el perjuicio asciende a un total de pesos 60.000.

IV.- Los agravios. La actora se agravia por: 1) el período por el cual corresponde computar el perjuicio. Refieren que si bien acotaron el mismo, solicitando se condene a reparar el menoscabo por la ocupación indebida desde la fecha de interposición de la demanda de desalojo (29/ 12/ 2005), dejando fuera de reclamo los perjuicios derivados de la no restitución por el período que va desde que quedó firme la sentencia que declaró resuelto el

contrato y obligó a la restitución del bien, hasta diciembre de 2005; también lo es que los demandados en su contestación impugnaron el valor locativo pero no cuestionaron su alcance temporal, por lo que no hay litis en relación a la fecha en que debe comenzar a computarse el período a indemnizar. Es por ello que piden se revea la suma acordada, considerando el lucro cesante y/o la pérdida de chance desde diciembre de 2005 y no desde la notificación de la demanda (14/ 12/ 2006). 2) el monto de la reparación, teniendo en cuenta el real valor locativo del departamento y la probabilidad de que el mismo fuera alquilado por su parte. Alegan que el quantum acordado por el juzgador no tiene sustento alguno. Peticionan que, para el cálculo del perjuicio causado, se considere el valor del alquiler bajo la modalidad "paquete" -suma única- y se tome como base para ello el valor más actualizado y cierto con que se cuenta, el cual corresponde al determinado por el perito con más un plus porque los accionados no pagaron expensas, impuestos, ni AySA. En consecuencia, peticionan se recepte en la sentencia el monto demandado (valor del alquiler \$ 3.000 mensuales -modalidad paquete- por el período de 83 meses), con alguna variación derivada de considerar que se trata de una pérdida de chance y no de lucro cesante; o se tome una base más actualizada y cierta para cuantificar el valor locativo (agosto de 2016). Señalan también que en el particular, tratándose de un inmueble de dos ambientes situado en Ciudad de Buenos Aires, la chance puede considerarse casi como una certeza, atento la altísima posibilidad de haber obtenido la renta de los alquileres normales de plaza. La demandada cuestiona: 1) el progreso de la acción al introducir el a-quo el concepto de pérdida de chance para encuadrar el reclamo de la actora, cuando el mismo fue efectuado por lucro cesante y ni siquiera se contempló la chance en forma subsidiaria, sino que se ajustó al valor locativo del inmueble desde la fecha de iniciación del juicio de desalojo hasta la restitución del bien, entendido ello como la ganancia que dejaron de percibir, lo cual requería una prueba directa que no tuvo lugar. Señalan que el encuadre unilateral del sentenciante viola el principio de congruencia, por lo cual solicitan la revocación del fallo. 2) por el exceso rigorismo formal al no tomarse en consideración lo que surge indubitadamente del expte. "Sánchez Néstor c/ Saracca Enrique s/ consignación", dándoseles un tratamiento de inquilinos morosos, no siendo el caso de autos y cuando debe tenerse en cuenta, además, que los accionantes adquirieron el inmueble a título gratuito en un juicio sucesorio. Reitera que dejaron transcurrir siete años para promover la acción de desalojo y que pretender el cobro de la ganancia dejada de percibir conlleva -cuanto menos- un abuso de derecho (conf. art. 1071 CC). 3) el monto de condena, no especificando el juzgador en base a que cálculos alcanza a dicha suma (\$ 60.000). Se remite a la impugnación que efectuaron a la pericial producida en autos. 4) los intereses establecidos, por inequitativos y excesivos. Entiende que, atento las particularidades que muestra la causa, los intereses contemplados en el plenario "Samudio" pueden ser exigibles una vez que la sentencia se encuentre firme y sólo a partir de la mora en que pudiera incurrirse en su cumplimiento. Para el hipotético caso que se fijen desde la notificación de la demanda de desalojo, correspondería la tasa pasiva publicada por el BCRA hasta la fecha establecida para el pago de la sentencia y, recién cuando los obligados incurrieran en mora, la aplicación de la tasa de interés activa del Banco Nación. 5) por la imposición de costas en un 100 % a su parte. Señala que, aún de confirmarse el decisorio, amerita el apartamiento del principio general, al haber encuadrado la acción el a-quo en un rubro distinto al pretendido en el escrito inicial y al fijarse un monto de condena sensiblemente menor al reclamado. Solicita se impongan en el orden causado o, cuanto menos, un porcentaje de las mismas a la actora. V.- Cuestión preliminar. Se deja sentado que, en atención a la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial -ley 26.994 y su modificatoria ley 27.077-, de conformidad a lo previsto en el art 7° y teniendo en cuenta el ámbito temporal de la cuestión litigiosa, resultan de aplicación al caso las normas del Código Civil de Vélez. Sabido es que los magistrados no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las probanzas, ni seguir a las partes en todos y cada uno de los argumentos que esgrimen en resguardo de sus pretensos derechos, pues basta que lo hagan respecto de las que estimaren conducentes o decisivas para resolver el caso, pudiendo preferir algunas de las pruebas producidas a otras, u omitir toda referencia a las que estimaren inconducentes o no esenciales. VI.- Corresponde, en consecuencia, el tratamiento de los agravios vertidos y en primer término, conforme un orden metodológico adecuado, los esgrimidos por la accionada relativos a la procedencia de la presente demanda. En autos, el objeto perseguido consiste en los pretensos daños y perjuicios derivados de la retención indebida de la unidad, desde la fecha de inicio del juicio sobre desalojo (29/ 12/ 2005) hasta la efectiva entrega del bien (23/ 11/ 2012). Pues bien, conforme sentencia dictada en el expediente caraturaldo "Sanchez Nestor Horacio y otro c/ Saracca Enrique Omar s/ Consignación" (N° 51.511/ 1989) y que tengo a la vista, se rechazó la demanda por consignación por saldo de precio de la compraventa del inmueble sito en Avda. Directorio ... piso ..., U.F. ...? de esta Ciudad intentada por Nestor Sanchez y Patricia Senatore y se hizo lugar a la reconvencción declarando resuelto el boleto de compraventa condenando a la actora a devolver a Enrique Omar Saracca el inmueble objeto de contratación, debiendo resituir éste las sumas que hubiere percibido, con más actualización e intereses. (conf. fs. 137/ 143 y confirmatoria de fs. 185/ 188) Asimismo, de las constancias que surgen de las actuaciones N° 116.293/ 2005, "Aulesa Carmen Adela y otros c/ Garcia Miguel Angel y otro s/ desalojo, se desprende que Carmen Adela Aulesa, Omar Flavio Saracca y Adrián Marcelo Saracca, declarados herederos en el sucesorio de Enrique Omar Saracca -titular dominial del inmueble- promueven el desalojo de la unidad sito en Avda.

Directorio ..., piso ..., UF N° ... de esta Ciudad, con fundamento en la causal de ocupación indebida, siendo condenados Miguel Angel García y Patricia Caludia Senatore -aquí demandados- a desalojarlo en el plazo de diez días de notificados, conforme sentencia dictada a fs. 320/ 326, que fuera confirmada por esta Alzada a fs. 375/ 379, señalando en los considerandos que, desde que la sentencia dictada en el juicio de consignación quedó firme, la ocupante tenía la obligación de restituir el inmueble al vendedor. Como bien advierte el primer juzgador en autos, no cabe abrir un nuevo debate aquí respecto de cuestiones merítadas y decididas mediante resoluciones firmes y pasadas en autoridad de cosa juzgada; lo que impide de este modo reeditar en esta instancia defensas allí tratadas. A más que el reclamo de los actores se ciñe aquí al valor locativo del que -dicen- se vieron privados por el lapso que va desde el inicio del proceso de desalojo, hasta la restitución del inmueble. Ciertamente, configurado el deber de restituir el bien conforme los pronunciamientos ?ut supra? reseñados, la pérdida provocada a los aquí actores por no poder arrendar el departamento, constituye un daño que debe ser resarcido por los emplazados. En lo que atañe al planteo de la demandada en relación al encuadre dado por el sentenciante al reclamo de la actora, en cuanto a que el mismo fue efectuado por lucro cesante y no contempló la chance siquiera en forma subsidiaria, he de advertir que aún siendo cierto que en el escrito de inicio la pretensión se efectuó bajo la denominación de ?lucro cesante?, también lo es que expresamente se señaló que ?la ilegítima ocupación y mora en devolver la propiedad... les privó de la posibilidad de alquilarla y de obtener la renta que de ello derivaría? (fs. 59). Dicha pérdida de probabilidad resarcible, la cual debe ser apreciada judicialmente, se encuentra claramente incluida en la petición. Cabe asimismo destacar, contrariamente a lo sostenido por la accionada, que no se ha violado en autos el principio de congruencia. En efecto, como es sabido, el principio de congruencia exige que el juez se pronuncie sobre las pretensiones efectuadas por las partes y sólo sobre ellas (arts. 34 ic. 4° y 163 inc. 6° CPCC; Fenochietto, Carlos E. "Código Procesal Civil...", ed. Astrea, Buenos Aires, 1999, tomo I, Pág. 134 y ss.; Palacio, Lino E. "Derecho Procesal Civil", ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979, tomo V, Pág. 431 y ss.). El juzgador no puede introducir hechos distintos a los alegados por aquellas, encontrándose limitados por el thema decidendum que no puede ser excedido, pues son las partes las que precisan los hechos que deben ser materia de juzgamiento. Ergo, no cabe la introducción ex officio cuestiones no planteadas, pues ello quebranta principios de raigambre constitucional como la defensa en juicio y el debido proceso (CSJN, 13-10-94, in re: "Concencioca, Juan M. y otros c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", Fallos 317:1334). Como quedó dicho, el pretendido resarcimiento de los reclamantes en razón de la pérdida del valor locativo del inmueble dada la imposibilidad de disponer del mismo para su arrendamiento, subsume el concepto por el que prospera la demanda.

Pues bien, el lucro cesante ha sido definido como la ganancia o utilidad de que se vio privado el acreedor a raíz del acto ilícito. Implica una falta de ganancia o de acrecentamiento patrimonial que, razonablemente, hubiere podido obtener de no haberse producido el hecho (arts. 519 y 1069 CC). Debe ser cierto, pero esta certeza es siempre relativa, pues se apoya en un juicio de probabilidad, que comprende lo verosímil, sin llegar a lo seguro, necesario o infalible (Matilde Zabala de González, Resarcimiento de daños, T 2a., pág. 253). Se ha dicho así que la indemnización por lucro cesante tiene su fundamento y límite en la probabilidad objetiva cierta (vale decir suficiente) que emana o resulta del curso natural de las cosas y de las circunstancias generales o especiales del caso concreto (razonabilidad y verosimilitud) (CNac.Civ. y Com. Santa Fe 30/4/67, Rep. LL XXVII-503). Ahora bien, dicha certeza, aunque sea relativa impone probar el perjuicio alegado, es decir las pérdidas experimentadas o, por lo menos el aporte de datos que permitan presumirlas de un modo fidedigno (CNEsp.Civ. Y Com. Sala IV, 23/3/83, Rep. ED, 18-359). Así, para satisfacer tal recaudo, no sólo debe el damnificado probar su existencia, sino tratar de establecer con la aproximación que sea factible su magnitud, ya que la deficiencia referente al efectivo monto de los detrimentos gravita en contra del requirente de la pretensión indemnizatoria (cfr. Llambías, J.J., ?Tratado de Derecho Civil-Obligaciones?, t. I, pág. 309, no. 248 y citas de la nota 60).

En cambio, la chance se da cuando existe la oportunidad, con visos de razonabilidad o fundabilidad, de lograr una ventaja o evitar una pérdida. La frustración de esa probabilidad, imputable al demandado, engendra un perjuicio resarcible (conf. Matilde Zavala de González, Ob. Cit. pág. 359). Se ha dicho así que la chance configura un daño actual -no hipotético-, resarcible cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrado por el responsable, y puede ser valorada en sí misma aun prescindiendo del resultado final incierto, en su intrínseco valor económico de probabilidad. Asimismo, que la indemnización por pérdida de chance no se identifica con la utilidad dejada de percibir; sino que lo resarcible es la chance misma, la que debe ser apreciada judicialmente según el mayor o menor grado de probabilidad de convertirse en cierta, sin que pueda nunca identificarse con el eventual beneficio perdido (C. S. J. N., 4- 12-86, Fallos 229-XX; C. N. Com., Sala B, 7-2- 89, L. L. 1989-D-288). La ?Chance? como rubro indemnizable importa entonces, la frustración de una probabilidad y conviven elementos de certeza e incertidumbre. Entre ambos debe moverse la apreciación judicial con el objeto de establecer el grado de probabilidad fáctica que existía en favor del damnificado para obtener beneficios o evitar pérdidas, si no hubiese mediado el hecho. Esas perspectivas frustradas de percibir ganancias derivadas de la indisponibilidad del inmueble para su arrendamiento, constituyen en autos el daño indemnizable, lo que en modo alguno equivale al importe correspondiente al valor locativo del departamento por el período de que

se trata, sino la pérdida de chance de la renta potencial de dicha unidad. Lo expuesto implica la procedencia de un resarcimiento más reducido porque no se conoce el tiempo que podría haberse demorado en arrendar el inmueble, la variación del canon locativo según la contraoferta del inquilino, etc. A fs. 667/ 677 y 699/ 707 de autos obran informes efectuados por el perito tasador designado de oficio, respecto del inmueble de Avda. Directorio ..., piso ..., unidad funcional N° ..., CABA. Deja constancia que la unidad de marras, dentro de la zona, tiene una excelente ubicación, a sólo un par de cuadras de Avda. Rivadavia y de la línea A de subterráneos, ello valoriza la propiedad. Detalló el profesional que el inmueble, identificado con letra ?... ?, consta de living comedor, cocina, un dormitorio, baño completo, con hogar y pisos porcelanato, en buen estado de conservación. En cuanto a la superficie del mismo, señala que no hay constancias precisas, pero a partir de los datos de la superficie del edificio, ratificándola con las observaciones realizadas durante la visita ocular, arroja una medida aproximada de 40 m<sup>2</sup>. En cuanto a los valores de alquiler del departamento, los estimó a diciembre de 2005 (interposición de la demanda de desalojo) en \$ 1.200; a noviembre de 2012 (restitución del inmueble a los actores) en \$ 2.566 y al 1° de agosto de 2016 (fecha de la experticia) en \$ 4.680. Y considerando un alquiler por monto único, quedando expensas, ABL y AySA a cargo del locador (precio paquete en el léxico inmobiliario) calculó el mismo en: \$ 1.386 a diciembre 2005 y \$ 3.070 a noviembre 2012. Debe destacarse que si bien el dictamen pericial no obliga al juez, cuando está suficientemente fundado y uniforme en sus conclusiones debe acordársele valor probatorio. La sana crítica aconseja seguir el dictamen pericial cuando no se oponen a ello argumentos científicos y técnicos, legalmente bien fundados, por lo que debe reconocerse plena validez a este tipo de prueba que recae sobre hechos controvertidos sustancialmente técnicos para cuya valoración se requieren conocimientos especiales, pudiendo sus conclusiones solo ser enervadas por fundadas razones científicas y no por la mera opinión discordante de profanos en la materia o sobre la base de meras divergencias subjetivas (conf. expte. N° 37.715/04 de esta Sala, entre otros). Respecto del período por el cual corresponde computar el perjuicio, cuya revisión plantea la actora, solicitando se considere el lucro cesante y/o la pérdida de chance desde la fecha de interposición de la demanda de desalojo (29/ 12/ 2005) y no desde la notificación de la misma (14/ 12/ 2006), he de destacar que la retención indebida comienza cuando la actora manifiesta su voluntad de no consentir la permanencia de la accionada, solicitándole la restitución. La fecha a partir de la cual se devengan los daños y perjuicios por retención indebida del inmueble es aquella en que se le requirió al inquilino mediante telegrama u otro medio fehaciente la restitución del bien. En la especie ello debe atenderse a la notificación cursada al traslado de demanda en el expediente que por desalojo corre agregada por cuerda. Ello pone de manifiesto la voluntad de la actora de obtener la devolución del inmueble y, por lo tanto, es el punto de partida de los daños ocasionados. Bajo las pautas señaladas, conforme constancias de autos, tomando como referencia los valores estimados por el perito tasador en la modalidad ?paquete? y el alcance temporal calculado por el primer juzgador, es que conforme el art. 165 del Cód. Procesal, propongo al Acuerdo confirmar la procedencia del rubro ?pérdida de chance?, incrementando el monto acordado (\$ 60.000) a la suma de pesos ciento cuarenta mil (\$ 140.000).

VII.- Tasa de interés. Se queja la emplazada por los intereses establecidos. Sostiene que, atento las particularidades que muestra la causa, la tasa contemplada en el plenario ?Samudio? puede ser exigible una vez que la sentencia se encuentre firme y sólo a partir de la mora en que pudiera incurrirse en su cumplimiento. Para el caso que se resolviera su fijación desde la notificación de la demanda de desalojo, correspondería la tasa pasiva publicada por el BCRA hasta la fecha fijada para el pago de la sentencia y, recién cuando los obligados incurrieran en mora, la aplicación de la tasa de interés activa del Banco Nación. Debe señalarse que en el Acuerdo Plenario celebrado el día 20 de Abril de 2009 en autos ?Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios?, se resolvió dejar sin efecto la doctrina fijada en los fallos plenarios ?Vázquez, Claudia Angélica c/ Bilbao Walter y otros s/ daños y perjuicios? - del 02/08/93 - y ?Alaníz Ramona Evelia y otro c/ Transportes 123 SACI interno 200 s/ daños y perjuicios? -del 23/03/04 - y establecer la tasa de interés moratorio, correspondiendo aplicar la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, con cómputo desde el inicio de la mora hasta el cumplimiento de la sentencia, salvo que su aplicación en el período transcurrido hasta su dictado implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido. Esta Sala ya se ha pronunciado en el sentido que el juez en la sentencia fija un quantum, lo que de ningún modo es igual al momento a partir del cual la obligación se hace exigible, teniendo en cuenta que la no liquidez de la suma no implica la no exigibilidad y, por tanto, es desde la mora que resulta computable (conf. Expediente. N° 71.896/2003, ?Latorre Costa, José Alfredo c. Osperyh y otros s/Daños y perjuicios?, del 2 de julio de 2009, con voto preopinante de la Dra. Hernández). En definitiva, de establecerse una tasa menor se estaría premiando al deudor por el tiempo transcurrido entre el hecho y la sentencia firme que decide su pago. Como ha señalado la Sala H en autos ?Fragoso c/ Construed SA s/ daños y perjuicios? (22/04/03) ?...una tasa inferior a la de plaza provoca un beneficio para el deudor moroso que aumenta a medida que el proceso se dilata, mientras que una tasa acorde a la del mercado constituye un estímulo que es el deseable, en tanto se ajusta a la garantía insita en el art 18 de la Constitución Nacional?. La Dra. Hernández, la Dra. Díaz y el Dr. Ameal se han pronunciado en sus fundamentos al voto que dieran en el plenario respectivo, en lo referente a la excepción en él

señalada, en el sentido que no resulta aplicable a supuestos como el de autos, en base a las consideraciones que ya expusieran en votos a fallos de esta Sala ( ver exptes. N° 43.604/02 y 48.738/02), que me permito reproducir, adhiriéndome a dicha posición. En efecto, conjuntamente con los Dres. Sansó, Mizrahi, Ramos Feijóo, Díaz Solimine, Vilar, Zannoni, Mattered, Wilde, Verón y Pérez Pardo, sostuvieron en aquella oportunidad que la salvedad del último punto de la doctrina del plenario provoca cierta perplejidad. ¿Cómo es posible sostener que la aplicación de la tasa de interés activa implica nada menos que una alteración del significado económico del capital de condena que configura un enriquecimiento indebido?. Se dijo: "En esa cuestión, la salvedad sólo tendría significación en los casos en que el capital de condena se tradujese en sumas actualizadas por índices que miden la depreciación monetaria acaecida entre la mora, o el día en que se produjo el perjuicio objeto de reparación, y el dictado de la sentencia. Esto así porque, en ese supuesto, la actualización monetaria ya habría recuperado el valor del capital. Si a dicho capital de condena, por hipótesis actualizado, se le adicionara una tasa activa que incluyese el plus destinado a recomponer, justamente, el valor del capital, se originaría un enriquecimiento sin causa pues se estaría condenando a cargar no sólo con la depreciación monetaria, sino con un interés cuya tasa la computa nuevamente. Es decir, se obligaría al deudor a pagar dos veces por la misma causa. Tales fueron los fundamentos que llevaron, en la década de los setenta, a consagrar tasas de interés "puro" que excluían la prima por la desvalorización monetaria que ya había sido calculada al actualizarse el capital mediante el empleo de índices?. "A partir de la ley 23.928, en 1991, quedó prohibida toda "indexación" por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, prohibición que ha mantenido el art. 4, vigente ley 25.561, denominada de emergencia económica. "En ningún caso dice esta última norma se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor". "De tal modo el capital de condena no es susceptible, hoy, de estos mecanismos de corrección monetaria, que en su origen fueron propiciados exclusivamente para las llamadas obligaciones de valor que se liquidan en dinero y que con la hiperinflación que azotó a nuestra economía durante décadas se generalizó a todas las obligaciones dinerarias. En tal sentido, los fallos plenarios dictados por la Cámara Nacional en lo Comercial (13/4/1977) y por esta Cámara (in re "La Amistad S.R.L. v. Iriarte, Roberto C." del 9/9/1977), siguiendo pronunciamientos anteriores de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ejercieron un efecto multiplicador de la crisis inflacionaria. Y fue en ese contexto que se elaboraron criterios relativos al cálculo del interés "puro", que oscilaba entre el 6%, el 8% y hasta el 15% anual?. "El contexto actual no es, por fortuna, aquél. La circunstancia de que, cuando se trata de resarcimientos derivados de hechos ilícitos, el juez en la sentencia estima ciertos rubros indemnizatorios a valores actuales como suele decirse, a los fines de preservar en equidad el carácter resarcitorio de la indemnización, no significa que se "indexen", o sea actualicen, los montos reclamados en la demanda mediante la aplicación de índices de depreciación monetaria. Tales procedimientos de actualización están prohibidos, se reitera, por las leyes antes citadas. Y aunque pudiera argumentarse que, aun así, la obligación de resarcir daños constituye una típica obligación de valor que se liquida en dinero, según la clásica nomenclatura, existe consenso por lo menos a partir del dictado de la ley 23.928 que los montos liquidados por quien reclama el resarcimiento en juicio, constituyen parámetros que deben respetarse en acatamiento del principio de congruencia, salvo lo que, en más o en menos, surja de la prueba producida durante el proceso?. "Con ese mismo criterio se aceptó, desde 1992, aplicar a falta de un pacto o convenio de intereses, la tasa pasiva promedio que mensualmente publica el Banco Central de la República Argentina y que entre ese año y el 2004, estuvo por encima de los precios al consumidor, lo cual no ocurre en la actualidad. Como señaló la mayoría del tribunal al responder a la primera pregunta del acuerdo plenario, una tasa que se encuentra por debajo de los índices inflacionarios no sólo no repara al acreedor sino que beneficia al deudor que dilata el pago de la deuda?. "Por todo lo que sucintamente quedo expuesto, se entiende que la salvedad que se hace al responder a la última pregunta que se formuló en el acuerdo no es operante en este contexto; dicha salvedad queda confinada al hipotético caso de que, en el futuro, se autorizara la repotenciación de un capital de condena, lo que, en principio, no es posible hacer actualmente, en acatamiento del derecho vigente?. "Es por ello que, desde "el inicio de la mora", ya sea que la obligación pertenezca a la órbita contractual o aquiliana, "hasta el cumplimiento de la sentencia" quedó determinada una regla general: aplicar al cálculo de intereses moratorios (art. 622 del Código Civil) la tasa activa. Dicho aserto no admite cuestionamiento?. "El enriquecimiento indebido, especie del enriquecimiento sin causa, funciona como principio general de derecho que representa un llamado abstracto a la justicia, que debe primar en todo ordenamiento jurídico?. "Pero dicho principio, como tal, adolece de una vaguedad e imprecisión notorias, que dificultan su aplicación a situaciones concretas que se dan en la práctica de las relaciones jurídicas?. "No obstante, aun derogadas en un futuro hipotético las leyes que prohíben la actualización por repotenciación de deuda, a efectos de otorgarle virtualidad a la excepción a la regla general resuelta en el plenario, es necesario que se den ciertos presupuestos: la coexistencia de un enriquecimiento de una parte y un empobrecimiento de la otra, relación causal entre ambos e inexistencia de una justa causa que avale la variación operada entre los patrimonios del deudor moroso y su acreedor, que altere el significado económico del capital de condena por aplicación de una tasa distinta a la activa en el cálculo de los intereses moratorios,

todo lo cual deberá ser debidamente solicitado y acreditado por el interesado?. ?Elo así, por cuanto la facultad morigeradora de oficio es propia cuando en virtud del principio de autonomía de la voluntad (art. 1197) las partes pactaron intereses punitivos exorbitantes en caso de mora del deudor, pero de ningún modo cuando se trata del supuesto contemplado por el art. 622 del Código Civil, atento al principio dispositivo del proceso; la naturaleza patrimonial de la acción ejercida y las reglas respecto de la carga probatoria establecida en el art. 377 del Código Procesal?. Por los fundamentos vertidos, se desestiman las quejas y se confirma la aplicación sobre el capital de condena de la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina desde la mora (14-12-2006) y hasta el efectivo pago. VIII.- Costas. La demandada solicita se impongan en el orden causado o, cuanto menos, un porcentaje de las mismas a la actora, ameritando el apartamiento del principio general el hecho de haberse encuadrado la acción en un rubro distinto al pretendido en el escrito inicial y al fijarse un monto de condena sensiblemente menor al reclamado. De acuerdo al art. 68 del Código Procesal, las costas se imponen conforme el principio objetivo de la derrota. En este sentido, la noción de vencido a los efectos del pago de las mismas, debe ser determinado con una visión global del juicio y con independencia de la proporción en que prospere la pretensión articulada. En definitiva, la fijación de las costas debe ser realizada con un criterio jurídico y no meramente aritmético ( CNCiv Sala H, 1999-3-17, Lisi Nicolás R. c. Chispa S.A; La Ley 2000-F-206; CNCom, Sala D, 2000-10-11, Chiappara, Ceccotti y Matuk y otros c. Peñaflor S.A, DJ 2000-3-1055; CNTrab, Sala I, 1999-11-30, Makaruk, B. c. Farmacia Gran Via SRL y otro, La Ley 2000-C-242). Así, dicho principio general sólo puede ser dejado de lado respecto al vencido cuando se tratare de cuestiones dudosas de derecho, pues tal apartamiento a la regla general resulta -claro está- excepcional y de interpretación restrictiva. Por ende, la circunstancia de que el éxito de la demanda sea parcial, no le quita al demandado la calidad de vencido a los efectos de los gastos casuísticos. Concretamente en lo que se refiere a la imposición de costas dispuesta en la sentencia recurrida, corresponde aplicar el principio objetivo de la derrota, pues no se observan circunstancias de excepción que permitan apartarse de tal temperamento. En virtud de ello, no cabe a mi criterio más que confirmar en este aspecto el decisorio recurrido, desestimándose los agravios vertidos. En consecuencia, si mi voto es compartido, propongo al Acuerdo incrementar hasta la suma de pesos 140.000 la indemnización concedida en concepto de chance. Confirmar la sentencia en todo lo demás que decide y fuera objeto de agravios. Las costas de Alzada se imponen a la demandada sustancialmente vencida -conf. art. 68 del CPCCN-. El Dr. Ameal por las consideraciones y razones aducidas por el Dr. Álvarez, vota en igual sentido a la cuestión propuesta.- Buenos Aires, ... de abril de 2018.- Y visto lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo transcripto precedentemente, por unanimidad de votos el Tribunal decide: 1) Incrementar hasta la suma de pesos 140.000 la indemnización concedida en concepto de chance. 2) Confirmar la sentencia en todo lo demás que decide y fuera objeto de agravios. 3) Imponer las costas de Alzada a la demandada sustancialmente vencida -conf. art. 68 del CPCCN-. Difiérase la regulación de honorarios para una vez aprobada en autos la liquidación definitiva (art. 279 del CPCCN). Regístrese de conformidad con lo establecido con el art. 1° de la ley 26.856, art. 1 de su Decreto Reglamentario 894/2013 y arts. 1, 2 y Anexo de la Acordada 24/13 de la CSJN. La difusión de la presente resolución se encuentra sometida a lo dispuesto por el art. 164, segundo párrafo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. En caso de su publicación, quien la efectúe, asumirá la responsabilidad por la difusión de su contenido. Se deja constancia que la Vocalía N° 33 se encuentra vacante. Regístrese, notifíquese por secretaría y cumplido ello, devuélvase a la instancia de grado. OSVALDO ONOFRE ALVAREZ - OSCAR J. AMEAL - JAVIER SANTAMARIA (SECRETARIO).

029181E